El vacío legal de las acciones que tutelan el derecho a la información en el Ecuador

Josselyn Jácome
jacome_e@outlook.com
Beatriz Meythaler
beatrizmeythaler@hotmail.com

Resumen

En Ecuador, el derecho de acceso a la información se encuentra tutelado a través de dos mecanismos constitucionales, el hábeas data, y la acción de acceso a la información pública. Si bien el objetivo de cada recurso es salvaguardar el derecho antes mencionado, el contenido y alcance de cada uno es diferente. Mientras el hábeas data permite el acceso y manejo de la información personal, la acción de acceso a la información pública abre las puertas al escrutinio de la sociedad en el trabajo de la Administración Pública. Sin embargo, como se analizará en líneas posteriores, existen casos en los que acceder a la información de un desaparecido o fallecido es una tarea imposible, sobre todo cuando se trata de datos personales o hechos que rodearon la situación de su destino.

Por esta razón, el presente ensayo tiene como propósito estudiar el alcance de la acción constitucional de acceso de información pública y del hábeas data, para luego verificar sus limitaciones al derecho de información, y cómo ello afecta a la potestad de los familiares del fallecido o del desaparecido para acceder a datos veraces sobre el paradero del mismo. Tras entender los limitantes de dichas acciones, se comprobará la existencia del vacío legal en que se incurre en el Ecuador y su posible solución.

Palabras clave*:*

acceso a la información, información pública, hábeas data, derecho a la intimidad, limitaciones legales, legitimación activa, derecho a la verdad, personas desaparecidas o fallecidas.

Abstract

In Ecuador, the right of access to information is protected through two constitutional mechanisms, habeas data, and access to public information. Although the goal of each action is to protect the right of access to the information, content and scope of each one of those actions is different. While habeas data allows the access to personal information, the action of access to public information allows counting the society in the work of the Public Administration. However, as we will discuss in subsequent lines, there are cases in which access to the information of a missing or deceased person is an impossible task, especially when it comes to personal data or facts surrounding the situation of your destination. For this reason, this essay has as purpose study the scope of the constitutional action of access to public information and habeas data, then check the limitations to the right of information and how this affects the right of access to information and the right to the truth of the family of the deceased or of the disappeared. After understanding the limitations of these actions, we are going to verify the existence of the legal vacuum that may be incurred and its possible solution.

Key words

Access to information, public information, habeas data, right to privacy, legal limitations, legitimacy, right to the truth, missing persons o deceased persons.

Índice

1. Acceso a la información

La libertad de expresión contiene las siguientes facultades que se encuentran relacionadas entre sí: la de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas, de forma oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento[1]. En este sentido una de las dimensiones que acompañan a la libertad de expresión es el derecho de acceso a la información que se refiere a:

> La garantía que la ley fundamental consagra y que determina la posibilidad consistente en que toda persona pueda atraerse información, es decir que pueda acceder a los archivos y a todo tipo de registros que contengan datos sobre la actuación de las organizaciones públicas, al mismo tiempo, consistente en la posibilidad concedida a la persona para decidir libremente el medio específico que desea leer, escuchar o ver.[2]

En el Ecuador existen dos tipos de acciones constitucionales que tutelan el derecho a la información, en primer lugar nos encontramos con aquel establecido en el artículo 91 de nuestra Constitución, el cual tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna […]incluso si su negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. Según este precepto constitucional, el carácter reservado de esta información debe ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.[3]

Del mismo modo, la Constitución reconoce otra acción de acceso a la información que tiene por objeto tutelar el derecho a la protección de datos personales, así el artículo 92 invoca a la acción de Hábeas Data la cual establece que

---

1 Art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); Art. 4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Art. 10 Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)

2 Marco Baños. *Transparencia y Acceso a la información pública en México.* México DF: FLACSO México, 2007. p. 23.

3 Constitución Ecuatoriana Art. 91. Registro Oficial 449, publicada 20 de octubre del 2008.

> [t]oda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. […] tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos […].[4]

Como se puede apreciar, tanto la acción de acceso a información pública como la acción de habeas data buscan precautelar el derecho de información, a continuación se analizarán cada acción y sus diferencias.

1.1 Sobre la acción de acceso a la información pública y su alcance

Por una parte, la acción de acceso a la información pública constituye una norma importante para el desarrollo de la democracia, pues permite que los ciudadanos accedan a información emitida por órganos estatales. En cierta medida, esta función ayuda a recuperar la confianza existente en la población sobre la acción de administración del Estado a través del sistema de rendición de cuentas. Tanto es así que se relaciona profundamente con la transparencia pues lo que se busca con ella es "consolidar una ciudadanía cuyo rol no se reduzca a votar, sino que sepa, pueda y esté en condiciones de participar informadamente en la toma de decisiones colectivas y en la vigilancia de la actuación de los servidores públicos"[5]

A propósito de ello se destaca un término que cada vez se hace más común al relacionarse con la transparencia: el *accountability social;* el cual hace referencia a la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas. Es decir, que estén obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser sancionados por ellas[6].

4 Id. art. 92
5 Marco Baños. *Transparencia y Acceso* .... óp. cit., p.4
6 Alejandro Fuenmayor. *El derecho de acceso a los ciudadanos a la Información Pública*. San José: UNESCO, 2004. p22.

Es necesario destacar que el principio de transparencia es vital para el estudio de la acción de acceso a la información pública, pues contiene la esencia misma de éste, en la medida en que obliga a la Administración a aportar con toda documentación que hubiere sido solicitada de forma previa, clara y correcta sobre su actuar.

La transparencia busca como principal objetivo "brindar garantía para el ejercicio de la gestión pública, [su rol de control] se convierte en una función de suma importancia para garantizar la estabilidad política"[7] y es sin duda uno de los elementos centrales del debate contemporáneo. Tanta importancia presenta, que el Ecuador ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción y ha desarrollado en su legislación interna una ley específica sobre el tema, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LOTAIP)[8] que entró en vigencia el 18 de mayo del 2004. Dicha norma invoca al *accountability social* estableciendo, en su art. 2 que los objetivos de dicha ley son cumplir con el mandato constitucional referente a la publicidad, transparencia y rendición de cuentas al que están sometidas todas las instituciones del Estado que conforman el sector público; la fiscalización de la administración pública y de los recursos públicos; la protección de la información personal en poder del sector público y/o privado; la democratización de la sociedad ecuatoriana a través de un genuino y legítimo acceso a la información pública y la facilitación de la efectiva participación ciudadana.

En este sentido, la transparencia aparece comúnmente como sinónimo del derecho de acceso a la información o de rendición de cuentas y, aunque estos tres conceptos guardan relación entre sí, se tratan de nociones distintas dado a que la acción de acceso a la información pública es un mecanismo de transparencia y la transparencia es un instrumento de la rendición de cuentas. Es decir, la rendición de cuentas es una consecuencia de la implementación por parte del Estado Democrático de la transparencia como una política pública, mientras que una de las herramientas para ayudar a su consecución es el derecho del acceso a la información, aunque

7 Santiago Nieto. *Rendición de cuentas y transparencia*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, (2000) p. 407.
8 Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004.

no la única[9] pues como se ha visto y se profundizará en líneas posteriores, el hábeas data es otro mecanismo, de igual importancia que la garantía de acceso a la información.

Es importante resaltar que en la rendición de cuentas y la transparencia, el derecho de acceso a la información, contiene limitaciones determinadas y excepciones. Esto implica que no se garantiza el acceso a cualquier documento que esté en poder de organismos públicos. La doctrina distingue distintas categorías de información que proveniente del Estado y constituyen una garantía al acceso a al información de los ciudadanos:

> a) la información administrativa que se refiere a la actividad que ejerce el Estado para comunicar a los administrados las medidas gubernamentales y administrativas que son de interés para la colectividad, la cual corresponde a la publicidad que deben tener las leyes y los actos administrativos, tales como el Registro Oficial; b) la información nacional, se refiere a la información que el Estado transmite al público sobre su propia acción, su política, proyectos, etc.; c) la información general que se refiere a la colecta y difusión de información objetiva y lo más amplia posible en función de la obligación del Estado de garantizar y satisfacer el derecho de los ciudadanos a la información[10].

Estas distinciones nos permiten entender el alcance que tiene esta acción, pues de su estudio se colige que entre sus principales limitaciones legítimas se encuentran la seguridad nacional y el derecho a la intimidad. La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que el derecho de los individuos a toda información en poder del Estado no es un derecho absoluto, bajo esta percepción la CIDH ha establecido que "el límite al ejercicio de este derecho encuentra restricciones permisibles por motivos de orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas"[11].

9 Alonso Canales. *Transparencia y rendición de cuentas en una democracia constitucional*. http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/davidalonsocanalesvargas.pdf (acceso:24/11/2014)
10 André de Laubadère. Citado en Fuenmayor, Alejandro. *El derecho de acceso*.... Óp. cit., p.23
11 CIDH. "Informe sobre acceso al hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio". *Informe Anual 2001*. OEA/Cap.III, párr. 24

Respecto de la seguridad nacional, la LOTAIP en el art. 17 considera que permitir el acceso a una determinada información podría poner en peligro la defensa o la seguridad nacional de este modo señala que no procede la acción de acceso a la información pública en los casos de

> a) documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado; 2) Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional; 3) La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y, 4) Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y, b) las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

Respecto a la limitación en virtud del derecho a la intimidad, el artículo 6 de la mencionada norma considera a la información confidencial como

> aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República[12] […]. No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades, públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas.

En su artículo "*The Right of Privacy*"[13], Samuel D. Warren y Louis Brandeis establecen por primera vez la necesidad de reconocer a las personas el derecho a estar a solas y de gozar de la vida sin la intervención de terceras personas. Este planteamiento surge ante la necesidad de obtener protección jurídica respecto de las injerencias de los medios de comunicación en la vida privada de las personas.

12 Los arts. 23 y 24 de la Constitución del 98 reconocían los derechos civiles de los ciudadanos entre los que se incluían la libertad de opinión y comunicación. Por su parte, la Constitución del 2008 reconoce de manera amplia la libertad de expresión en su artículo 18.

13 Louis Brandeis y Samuel Warren. "The Right to Privacy". Harvard Law Review (1890). http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html (acceso 22/11/2014)

El derecho a la intimidad evoluciona de tal manera que para 1960 este se convierte en un principio aceptado por la legislación estadounidense[14], adquiriendo rango constitucional. Su evolución fue tal que hoy en día el derecho de intimidad está considerado como un derecho fundamental, al igual que el derecho al honor y a la dignidad, por su relación con la personalidad, lo que permite desarrollar una vida plena sin intervenciones arbitrarias de ninguna especie[15].

El derecho a la intimidad o la vida privada se define como un "ámbito de libertad necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, espacio que debe estar libre de intromisiones ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos"[16]. Es decir que se presenta como

> aquel que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y conducta dentro de aquel ámbito privado, sin [...] intromisiones que puedan provenir de las autoridades o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público, a la moral y a las buenas costumbres ni perjudique los derechos de los demás[17].

Carbonell establece que existe una intimidad territorial y una informacional. La primera se refiere a la acción o la intrusión de un espacio o zona propia; la segunda se refiere al conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona[18]. De lo que se deduce que existe un "ámbito de la intimidad" que tiene que ver con espacios personales o familiares.

La importancia del derecho a la intimidad ha permitido que sea incorporado en distintos instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en su artículo 12 tutela la privacidad, la

---

14 Comisión Colombiana de Juristas. "Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Bogotá", 2007. Por ejemplo, la demandante ante la Corte Interamericana por el importante caso de desaparición Bámaca Velásquez contra Guatemala, vio facilitada su labor de búsqueda de la verdad porque, gracias a la Ley de libertad de información de los Estados Unidos (Freedom of Information Act), pudo conseguir documentos que probaban que su marido estuvo en vida durante un largo período tras su detención inicial por las fuerzas gubernamentales de Guatemala.

15 Elda Scalvini. "Las Medidas Precautorias y la Tutela Efectiva del Derecho a la Intimidad". *Derecho a la Información, habeas data e internet*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002. p.72.

16 Medrano Muñoz de Alba. Habeas Data. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf (acceso 20/11/2014) , p.38

17 Elda Scalvini. "Las Medidas Precautorias …". Óp. Cit., p.75

18 Miguel Carbonell. Los derechos fundamentales en México. México DF: UNAM Porrúa CNDH, 2004. p.2

honra y la reputación y la propia imagen, prohibiendo injerencias arbitrarias a la vida privada, familiar, el domicilio y la correspondencia.[19] Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[20] reconoce en su artículo 17.1, lo establecido en el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos ordena que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión puede estar sujeto a censura previa en los casos que sea necesario asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas[21].

En el mismo sentido, la Constitución ecuatoriana en su artículo 66[22], reconoce tanto el derecho de intimidad personal como el derecho de intimidad familiar. En el derecho comparado también se refleja este reconocimiento expreso. Así, la Constitución costarricense asocia al derecho a la intimidad con la libertad y con el secreto de las comunicaciones:

> Artículo 24: Se garantizará el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones... Sin embargo, la ley… fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los tribunales de justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción[…][23]

19 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 12.

20 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Artículo 17. 1.

21 Es interesante hacer referencia a las limitaciones respecto a la moral pública y el orden público como fundamento para limitar el acceso a la información. Faundez Ledesma ha afirmado que determinar el contenido de la moral pública no es una tarea que pueda realizarse una sola vez y para siempre; en ese proceso, debe contemplarse un margen de tolerancia, que tenga en cuenta los cambios experimentados por el clima moral de la sociedad Faundez, Héctor, no obstante afirma que no es aventurado afirmar que la moral pública es la circunstancia que con más frecuencia se alega para coartar la libertad de expresión Los límites a la libertad de expresión. UNAM p. 598). El interés público requiere sacrificar la libertad de expresión para que prevalezca la moral, con frecuencia entendida en su sentido más amplio. (ibíd. p.600). Respecto del orden público, éste también es un concepto ambiguo que se maneja de manera muy amplia y por lo general hace referencia a las nociones de bien común (ibíd. p. 575)

22 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

23 Constitución Política de la República de Costa Rica. (1949). Artículo 66.

De este modo se constata que el derecho de acceso a la información pública tiene un fuerte vínculo con el principio de transparencia y rendición de cuentas, los cuales son las bases para permitir un escrutinio de la sociedad sobre el ejercicio de la Administración Pública. En el mismo sentido, hemos visto que esta acción contiene limitaciones legítimas reconocidas tanto en nuestra Constitución como en instrumentos internacionales: la seguridad pública y el derecho a la intimidad.

1.2 La acción constitucional de Hábeas Data y su alcance

La evolución histórica del derecho a la intimidad está estrechamente ligada con el desarrollo del habeas data. Esta acción "se refiere a una nueva forma presentada por el derecho a la libertad personal [...] es decir, el derecho a controlar las informaciones sobre su propia persona"[24]. Por su parte Lucas Murillo lo define como "el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad"[25].

Como se ha señalado en líneas anteriores la Constitución contempla la acción de hábeas data en su artículo 92[26]. En el mismo sentido, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 49 establece lo siguiente:

> La acción de hábeas data tiene por objeto garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o **archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas** en soporte material o electrónico. Asimismo, toda persona tiene derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos [...]. (énfasis añadido)[27]

24 Medrano Muñoz de Alba. "Hábeas Data". Óp. cit., p.55
25 Lucas Murillo de la Cueva. Informática y Protección de Datos Personales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1933., pp.32-33
26 La legislación paraguaya [Constitución del Paraguay (1972). Art. 135], peruana [Código Procesal Constitucional de Perú (2004). Artículo 61] y colombiana [Constitución Política de Colombia (1991). Artículo 15] también reconocen la acción de hábeas data.
27 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 49. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

El principio 3 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH lo reconoce al expresar:

> Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.[28]

Como se puede apreciar, el recurso de habeas data, o el derecho de autodeterminación informativa, tiene como objetivo fundamental la protección de la privacidad tanto en el manejo automático, como en el manejo manual de datos personales. El hábeas data implica una facultad de exigir distintos derechos, de este modo el sujeto podrá ejercer:

> a) el *derecho de acceso* a la información nominativa personal en los diversos bancos de datos; b) el *derecho de información* sobre el uso, destino y duración del archivo de datos personales. En los casos del *habeas impropio* se utilizará el *habeas data* para el acceso a la información pública; c) *derecho de rectificación o actualización* de la información personal; d) *derecho de reserva*, tratándose de datos que son legítimamente recopilados pero cuyo acceso sea restringido, pudiendo ser conocido sólo por aquellos legalmente autorizados. Este derecho se relaciona con el manejo de la información sensible para cuyo manejo existen determinadas previsiones específicas.[29]

Consecuentemente, la acción de hábeas data, consiste en un mecanismo judicial que permite a la persona presentar una acción constitucional para detener el uso indebido de sus datos personales.

1.3 Limitaciones de la acción de Acceso a la Información Pública y la acción de Hábeas Data en su relación con el derecho a la verdad.

Del estudio de la acción de acceso a la información pública, se colige que existe en cuanto derecho fundamental y básico del ciudadano, la obligación del Estado de difundir y comunicar la información sobre su

28 Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 3.
29 Medrano Muñoz de Alba. "Hábeas Data". Óp. cit., p. 4

gestión administrativa. Dicha acción permite, a través de la transparencia, la rendición de cuentas (control de corrupción). Por esta razón, la acción de acceso a información pública es una forma preventiva contra las prácticas ilegales, las cuales se encuentra en estrecha relación con la exigencia de una respuesta responsable a las sugerencias de los miembros de la sociedad, a través de un amplio acceso a la información. Sin embargo, también contiene limitaciones entre las que se hallan el derecho a la intimidad y la seguridad nacional que llevan al siguiente cuestionamiento: ¿puede un organismo público, negar documentos que sirven para esclarecer hechos que rodearon la muerte o la desaparición de una persona al constituir esta información privada o íntima?

Para la Corte IDH esto no sería una limitación, pues ha señalado que las restricciones a la libertad de expresión e información deben "juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas"[30] ya que la libertad de expresión e información es esencial para toda forma de gobierno democrático. Por lo tanto, dentro de este contexto:

> El Estado debe asegurar que cuando existe un caso de emergencia nacional, la negación a la información [en su poder] será impuesta sólo por el período estrictamente necesario por las exigencias de las circunstancias y modificado una vez concluida la situación de emergencia. La revisión de la información considerada de carácter clasificada, debe estar a cargo de una instancia judicial independiente capaz de balancear el interés de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos con la seguridad nacional.[31]

Sin embargo, sucede que en algunos casos, los Estados han acudido a la excepción de seguridad nacional para mantener reservada o secreta[32], "incluso frente a las autoridades judiciales del propio Estado, información que permitiría esclarecer graves violaciones de derechos humanos, como la

30 Corte IDH. Opinión Consultiva. OC-5/85, párr. 170

31 CIDH. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2 (acceso: 23/11/2014), párr. 45

32 Como se ha mencionado en líneas anteriores, la LOTAIP faculta al Consejo de Seguridad Nacional para declarar la reserva de ciertos documentos cuando se trate de seguridad nacional, y a los titulares de las instituciones públicas para clasificar información como reservada previa a cualquier acción de acceso a la información. Víd. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículos 18y 19. Registro Oficial Suplemento 337, publicada el 18-may-2004 .

desaparición forzada [...]"[33] así como la investigación de hechos sobre el fallecimiento de personas.

> Es cierto que en algunos casos hay información de seguridad nacional que debe permanecer reservada. Sin embargo, existen, cuando menos, tres argumentos fuertes según los cuales el Estado no puede, en ningún caso, mantener secreta la información sobre graves violaciones de derechos humanos – especialmente aquella relacionada con la desaparición forzada de personas-, e impedir el acceso a la misma de las autoridades encargadas de investigar dichas violaciones o, incluso, de las víctimas y sus familiares.[34]

Entonces, para exigir información privada de una persona desaparecida o fallecida, se debería interponer una acción de hábeas data. No obstante, se da un conflicto en cuanto a la legitimación activa, pues no se extiende a terceros, y se limita únicamente a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que requieren información que sobre sí mismas, se encuentre en poder de entidades públicas o personas naturales o jurídicas. Respecto a esta limitación cabe preguntarse entonces si, ¿dicha acción puede ser interpuesta por familiares de un fallecido o de un desaparecido, el cual evidentemente no podrá interponerla por sus propios derechos?

Debe tomarse en consideración que "la utilización de la acción de hábeas data ha tomado un carácter fundamental como instrumento de investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante las pasadas dictaduras militares en el hemisferio"[35]. Por esta razón, se ha instaurado al hábeas data como "mecanismo de fiscalización en la búsqueda de datos relativos a la conducta estatal con la finalidad de conocer el destino de los desaparecidos"[36]. Además, si se considera que los parientes más próximos son a su vez víctimas de las violaciones de derechos humanos, la consecuencia jurídica y lógica es el reconocimiento del derecho de acceso

33 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Fondo. Sentencia de 14 de Mayo de 2013. Párr. 206
34 Cfr. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 261; Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 128, y Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 274.
35 *Id,* párr. 34.
36 *Id*, párr. 28.

a la verdad, tal como sucede en el caso Elena Quinteros Almeida[37]. En este caso, la Comisión de Derechos Humanos reconoció que "la madre de una persona desaparecida era víctima de una violación del articulo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también manifestó que tenía derecho a **saber lo que ha sucedido a su hija[38]**" (énfasis añadido).

En el sistema interamericano el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala[39], la Corte IDH emitió la primera sentencia en la cual se desarrolló un concepto expreso del derecho a la verdad, afirmando que:

> el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.[40]

Por otro lado, en el caso Zambrano Vélez et al. vs. Ecuador[41], la Corte estableció que la eficiente determinación de la verdad en el marco de la obligación de investigar una muerte, debe mostrarse desde las primeras

37 En el caso Elena Quinteros Almeida y María del Carmen Almeida de Quinteros c. Uruguay, el Comité declaró que comprendía el profundo pesar y la angustia que padeció la madre como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y paradero. La madre tenía derecho a saber lo que había sucedido a su hija. En ese sentido la madre era también una víctima de las violaciones del Pacto, en particular del artículo 7, soportadas por su hija. En lo que respecta a la hija, el Comité concluyó que la responsabilidad por su desaparición incumbía a las autoridades del Uruguay y que, por consiguiente, el Gobierno debía tomar medidas inmediatas y eficaces a fin de: i) determinar la suerte que había corrido la persona desaparecida desde el 18 de junio de 1976, y asegurar su liberación; ii) castigar a toda persona que resultara culpable de su desaparición y malos tratos; iii) pagar una indemnización por los agravios sufridos; y iv) garantizar que no ocurriesen violaciones similares en el futuro.

38

39 Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Fondo. Sentencia de 22 de febrero del 2002. Series C párr. 159-166. [en el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha admitido que la angustia de las personas que ignoran la suerte de familiares próximos desaparecidos constituye un trato cruel, inhumano o degradante y es por consiguiente una violación clara del correspondiente tratado. De ello se deduce que las autoridades del Estado deben investigar lo sucedido con las víctimas e informar a sus familiares de la suerte que han corrido.

40 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez*. Fondo. Sentencia de 22 de febrero del 2002. Series C, párr.201

41 Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 4 de julio del 2007. Los hechos de este caso se desarrollan en el marco de la declaración de un estado de emergencia nacional decretado el 3 de septiembre de 1992, por el presidente de la Republica, Sixto Duran Ballén. El decreto 86, por el cual se decretó en estado de emergencia, estaba fundamentado en la causal de "grave conmoción interna" en una "época de alta delincuencia y de confrontación de grupos terroristas." Los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña fueron ejecutados extrajudicialmente durante el operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador "realizado en el marco de una suspensión de garantías no ajustada a los parámetros pertinente." La CIDH, ante la denuncia de los hechos, resolvió sobre la violación de los artículos 1, 8 25 y 27 de la CADH por parte del Estado Ecuatoriano

diligencias, asimismo, establece los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial, los cuales son: "a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier investigación; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio[42]

Debe tomarse en cuenta que el derecho a la verdad ha sido estudiado como un principio emergente[43] sobre todo del derecho a la libertad de expresión y la integridad personal. Este derecho surge de la experiencia de las transiciones a la democracia en América Latina durante el siglo veinte, con el fin de garantizar el derecho de los familiares de un desaparecido a conocer la certeza sobre los hechos que rodearon su situación. La función de garantizar la verdad sobre estos hechos es un modo de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía que le corresponden a cada Estado[44], así como satisfacer en cierta medida el camino de la búsqueda de la justicia y la paz en una sociedad.

En el mismo sentido, el derecho a la investigación se encuentra contenido en el articulo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que expresa que toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio, lo cual "supone una obligación por parte del Estado para facilitar el acceso a información cuando su objeto es el de investigar datos, conductas o políticas públicas"[45]. Por este motivo, la acción de hábeas data tiene una fuerte relación con el derecho a la verdad ya que reconoce el derecho de investigación de los familiares de saber los sucesos que rodearon la desaparición o fallecimiento de la víctima.

---

42 *Vid.* Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Fondo. Sentencia de 16 de noviembre del 2009, párr 300.

43 Juan Méndez, "El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos". Citado de Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales.* Buenos Aires: CELS, 1997. pp. 517 – 540. [Juan Méndez ha señalado que se entiende el derecho a la verdad como principio emergente porque "reconocemos que no se trata de una norma claramente descripta en un tratado internacional".]

44 *Víd*. Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrafo 108; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

45 CIDH, "Informe sobre acceso al hábeas data …". Óp., cit., párr. 34

El hecho que los parientes puedan optar por la acción de hábeas data para obtener información vinculada al comportamiento del Gobierno o la intimidad misma de aquella persona, simplemente responde al derecho a la verdad que está reconocido en los sistemas regionales y universales de derechos humanos. En virtud de estos artículos, es una obligación positiva del Estado garantizar la información esencial para la defensa de los derechos de las víctimas, así como la transparencia en el gobierno y la protección de los derechos humanos.

Tomando en cuenta la relación que existe entre hábeas data, intimidad personal y familiar, derecho a la verdad y a la investigación, se percibe que la acción de hábeas data debería habilitar al perjudicado, o en su caso a los familiares, el conocimiento sobre la información que se ha recopilado. Si el propósito de Hábeas Data es "proteger la intimidad personal y familiar frente a manejos arbitrarios o ilegítimos de datos personales y como medio de fiscalización y participación de la sociedad"[46], ¿por qué la Constitución ecuatoriana no reconoce el derecho de los familiares o herederos a acceder a información sobre el fallecido o el desaparecido, así como la información referente a su último paradero o sus circunstancias de muerte?

1.4 El vacío legal existente en las limitaciones y la legitimación activa de ambas acciones de acceso a la información

En el caso Facundo Urteaga contra el Estado Nacional de Argentina[47] (Estado Mayor Conjunto de las FF.AA), el hermano de una persona supuestamente abatida por las Fuerzas Armadas y de Seguridad durante el Proceso de Reorganización Nacional promovió acción de hábeas data tendiente a obtener información sobre dicho suceso que obrase en los bancos de datos de los organismos estatales[48]. En primera y segunda instancia se rechazó la pretensión. El tribunal *a o* desestimó la acción con base en dos fundamentos: "a) la falta de legitimación activa del actor en tanto **los datos que pretende recabar no están referidos a su persona; b)** la finalidad que se persigue en la presente acción no se compadece con lo que surge del texto constitucional" (énfasis añadido). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina estableció que:

46 Alfredo Chirino. *Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa para la prevención de la corrupción.* Ciudad de Antigua: Taller Técnico Regional OEA, 2000,. 32

47 Corte Suprema de Argentina. *Caso "Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FFAA- s/ Amparo Ley 16.986*". Sentencia de 15 de octubre de 1998.

48 *Id*. párr. 90

> desde la perspectiva indicada, la interpretación efectuada por el *a quo*, si bien *prima facie* podría parecer ajustada a la literalidad del texto constitucional, revela —en conexión con la pretensión aquí deducida—, un excesivo rigor formal que deja sin protección el derecho invocado por el recurrente que no resulta ajeno al bien jurídico tutelado ni al propósito del constituyente [...]. En tales condiciones, debe admitirse la legitimación invocada por el apelante en su calidad de hermano de quien se supone fallecido, toda vez que la habilitación para accionar de un familiar directo con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparece en las circunstancias del caso, como una de las alternativas de reglamentación posibles en el marco e una discreta interpretación del texto constitucional[49].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el pronunciamiento de cámara estableciendo que:

> corresponde reconocer al hermano de quien se supone fallecido, el derecho a obtener la información existente en registros o bancos de datos públicos que le permita establecer el fallecimiento de la persona desaparecida y, en su caso, conocer el destino de sus restos, es decir, acceder a "datos" cuyo conocimiento hace al objeto de la garantía del hábeas data [...] La amplitud de sus alcances, tanto en lo relativo a la exigencia de licitud, lealtad y exactitud en la información, como en lo que hace al acceso de las personas legitimadas —conforme con la coincidente opinión de estas instituciones y organismos— encuentra limitaciones, fundamentalmente, en razones de seguridad y defensa nacional[50].

La Ley N.º 8968, denominada Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus Datos Personales de Costa Rica, publicada en La Gaceta N.º 170 de 05 de septiembre de 2011 establece en su Artículo 7 lo siguiente:

> Se garantiza el derecho de toda persona al acceso de sus datos personales, rectificación o supresión de estos y a consentir la cesión de sus datos. La persona responsable de la base de datos debe

---

49 *Id.* párr. 96
50 *Ibídem.*

> cumplir lo solicitado por la persona, de manera gratuita, y resolver en el sentido que corresponda en el plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la recepción de la solicitud […].El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.[51]

Como se puede apreciar, existe amplia fundamentación basada en documentos, decisiones y hechos internacionales para interponer tanto la acción de acceso a la información pública (cuando no se trata de datos personales que vulneren el derecho a la intimidad), como una acción de habeas data por parte de los familiares de un desaparecido o un fallecido. No obstante, en el Ecuador la realidad es un vacío legal que se encuentra en las limitaciones y la legitimación activa de ambas acciones, pues salta a la luz que la mayoría de la práctica judicial en nuestro país se basa en la literalidad. Aquello genera un perjuicio en cuanto a la existencia de un recurso capaz de reconocer el derecho a la intimidad familiar, el derecho a la verdad de los parientes y el derecho de la familia o de los herederos a acceder a información relacionada con el fallecido o el desaparecido.

La falta del desarrollo del derecho a la verdad en nuestro país es preocupante cuando no se realiza una interpretación de las normas concernientes al derecho a la información. Se dejan de lado las consideraciones en virtud de las cuales se sostiene que se trata del derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos y la obligación de los Estados de garantizar a las víctimas o a sus familiares un recurso sencillo y rápido contra las violaciones de derechos fundamentales, conforme al Artículo 25.1 de la CADH. En el mismo sentido la CIDH ha señalado que "la interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares."[52]

3. Consideraciones finales y opinión personal

Aplicando el criterio de proporcionalidad en el balance de los derechos afectados, el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el

51 Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus datos personales, Ley N. º 8968. Artículo 7. Gaceta N. º 170 de 05 de septiembre de 2011.

52 CIDH. *Derecho a la verdad*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&lID=2 (acceso 2/12/2014).

principio de presunción de publicidad aplicando las mínimas restricciones que caben solo en casos excepcionales, previamente establecidos. Por esta razón los criterios de reserva de información deben ser establecidos en forma clara y precisa para permitir que entes jurídicos puedan revisar tanto la legalidad como la razonabilidad de la resolución a la luz de los intereses afectados.

Del mismo modo, para que la acción de habeas data sea llevada a cabo con eficiencia, deben eliminarse las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben implementarse sistemas de solicitud de información simples y de fácil acceso. De lo contrario, se consagraría formalmente una acción que en la práctica no contribuye a facilitar el acceso a la información, por lo cual no se cumpliría de manera efectiva con su objetivo y fin. Desde esta perspectiva, implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, o en su caso a los familiares del fallecido o desaparecido, en donde se ampara todo aquello que tiene que ver con el fuero personal y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas.

De todo lo expuesto, se desprende que los limitantes en la legitimación activa para interponer acciones de acceso a la información vulneran el derecho de información y de intimidad de los familiares cuando las circunstancias por las que se solicita la información son encaminadas a esclarecer hechos entorno al desaparecimiento o fallecimiento de una persona.

No es tarea fácil para un abogado luchar contra la literalidad en la que puede fundarse el sistema judicial para denegar este tipo de información (sea que detrás existan intereses políticos, trabas para encubrir a una autoridad o un precario pensamiento interpretativo). Sin embargo frente a casos de esta naturaleza, es válido emplear un reto hermenéutico que incluya una interpretación sistemática y extensiva de las normas que traen en sus preceptos la protección del derecho de acceso a la información en función de la naturaleza pro homine del caso.

4. Bibliografía

Abregú Martin y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales.* Buenos Aires: CELS, 1997.

Baños, Marco. *Transparencia y Acceso a la información pública en México.* México DF: FLACSO México, 2007.

Brandeis, Louis y Samuel Warren. "The Right to Privacy". *Harvard Law Review* (1890). http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html (acceso 22/11/2014)

Canales, Alonso. *Transparencia y rendición de cuentas en una democracia constitucional.* http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/davidalonsocanalesvargas.pdf (acceso:24/11/2014)

Chirino, Alfredo. *Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa para la prevención de la corrupción*. Ciudad de Antigua: Taller Técnico Regional OEA, 2000.

CIDH. *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2 (acceso: 23/11/2014)

CIDH. *Derecho a la verdad*. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=156&lID=2 (acceso 2/12/2014).

CIDH. "Informe sobre acceso al hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio". *Informe Anual 2001.* OEA/Cap.III

Comisión Colombiana de Juristas. "Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Bogotá", 2007.

Corte IDH. Opinión Consultiva. OC-5/85, párr. 170

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez. Fondo. Sentencia de 22 de febrero del 2002. Series C

Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134

Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 4 de julio del 2007

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Fondo. Sentencia de 16 de noviembre del 2009

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Fondo. Sentencia de 14 de Mayo de 2013

Corte Suprema de Argentina. *Caso "Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FFAA- s/ Amparo Ley 16.986*". Sentencia de 15 de octubre de 1998

Fuenmayor, Alejandro. *El derecho de acceso a los ciudadanos a la Información Pública*. San José: UNESCO, 2004

Muñoz de Alba, Medrano. Habeas Data. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/4.pdf (acceso 20/11/2014)

Murillo de la Cueva, Lucas. Informática y Protección de Datos Personales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1933

Nieto, Santiago. *Rendición de cuentas y transparencia*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2000.

Scalvini, Elda. "Las Medidas Precautorias y la Tutela Efectiva del Derecho a la Intimidad". *Derecho a la Información, habeas data e internet*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002